

## Domat et la naissance du sujet de droit

Bernard EDELMAN  
*Avocat à la cour – Paris*

RÉSUMÉ. — Au XVII<sup>e</sup> siècle, l'homme se découvre isolé, libre et accablé par la perte d'une ancienne cohésion. Pascal sera le philosophe de l'irréconciliable, du pour et du contre à tout jamais divisé. Quant à Domat, d'un côté il signera l'acte de naissance du sujet de droit, de l'autre, il construira une société juridique close et sécurisante, encadrée par la double Police de l'âme et du corps. L'esprit des lois est l'esprit même de cette tentative, où Dieu est devenu législateur et la communauté chrétienne communauté juridique.

Chez Domat, on va de l'ombre à la lumière : l'ombre nourrit les fantasmes païens, les lois injustes, atroces, irrationnelles ; la lumière éclaire l'ordre habituel des lois.

Rome – cité du droit – est la ville du clair-obscur. Comment chez les Romains a-t-il pu se produire « cette contrariété si étrange de lumières et de ténèbres » ? <sup>1</sup> Comment ce peuple, qui inventa le droit civil, a-t-il pu se donner la licence d'ôter la vie à ses esclaves et à ses propres enfants ? Comment ce peuple, ignorant de Dieu, a-t-il pu inaugurer le raisonnement juridique ?

« Les premiers éléments de la religion chrétienne expliquent cette énigme : et ce qu'elle nous apprend de l'état de l'homme nous fait connaître les causes de cet aveuglement, et nous découvre en même temps quels sont ces premiers principes que Dieu a établis pour les fondements de l'ordre de la société des hommes et qui sont les sources de toutes les règles de la justice et de l'équité.

« Mais quoique ces principes ne nous soient connus que par la lumière de la religion, elle nous les fait voir dans notre nature même avec tant de clarté, qu'on voit que l'homme ne les ignore que parce qu'il s'ignore lui-même ». <sup>2</sup>

Ces principes sont, en effet, gravés dans le fond de notre nature.

<sup>1</sup> Domat, *Traité des lois civiles dans leur ordre naturel*, chap. I, Paris, 1694.

<sup>2</sup> *Id.*

Ainsi, l'énigme du droit romain est levée : ce peuple ignorait la nature de l'homme, et ce qu'il en connaissait n'était que de vagues lueurs, qui transperçaient miraculeusement leur obscurité. Quelque chose de la clarté de Dieu brillait dans l'obscurité de leur déchéance.

Mais si le droit est inscrit dans la nature humaine, si la nature humaine est donc juridique, il suffit de l'interroger, de la déployer comme une mappemonde pour y lire, inscrite majestueusement, l'histoire de la raison juridique, c'est-à-dire l'esprit de Dieu comme esprit des lois.

En réalité, en partant de l'homme pour expliquer le droit, Domat accomplit une révolution dans la pensée juridique ; pour la première fois un juriste abandonne le Code de Justinien et se donne pour tâche d'ordonner le droit selon d'autres principes ; pour la première fois un juriste découvre dans l'homme la cohérence interne du droit ; pour la première fois encore un juriste énonce le principe que la nature humaine c'est la légalité se connaissant elle-même.

On conçoit l'étonnement des philosophes. « La méthode de l'Auteur », dira Leibniz « n'est pas à mépriser ; néanmoins on n'y voit aucun avantage qui l'ait obligé à se départir des *Instituts* de Justinien, qui semble donner plus de lumières, pour ne rien dire de celles qui ont été suivies par d'autres habiles jurisconsultes »<sup>3</sup>.

Et l'on conçoit aussi l'éloge posthume de Victor Cousin. « Domat a travaillé pour la société nouvelle que Richelieu et Louis XIV tiraient peu à peu du chaos du Moyen Âge. C'est au profit du présent qu'il interroge le passé, les lois romaines et les coutumes, les soumettant les unes et les autres aux principes éternels de la justice et à l'esprit du christianisme. Il est incomparablement le plus grand juriste du XVII<sup>e</sup> siècle ; il a inspiré et presque formé Daguesseau ; il a quelquefois prévenu Montesquieu... Les *Lois civiles dans leur ordre naturel* sont comme la Préface du Code Napoléon. La même législation, pour la même société, sur le fondement immuable de la justice et à la lumière de cette grande philosophie qu'on appelle le christianisme, tel est l'objet de l'ouvrage de Domat. Sa méthode est celle de la géométrie »<sup>4</sup>.

Ainsi va naître, sur la scène tragique de Port-Royal le premier discours juridique moderne, l'idée d'une logique juridique qui ne doit qu'à elle-même, et d'où le hasard sera radicalement exclu. « Les exceptions et les dispenses ont leur fondement sur l'esprit des lois ; et qu'elles font elles-mêmes d'autres lois qui n'altèrent point le caractère des lois immuables dont elles sont des exceptions. Et qu'ainsi toutes les lois se concilient les unes et les autres et s'accordent entre elles par l'esprit commun qui fait la justice de toutes ensemble. »<sup>5</sup>

Voilà, dira Boileau, le restaurateur de la Raison dans la jurisprudence !

<sup>3</sup> In Grua, *Textes inédits*, PUF, 1948, T. II, p. 649.

<sup>4</sup> V. Cousin, *Jacqueline Pascal*, p. 425 et s.

<sup>5</sup> Domat, *op. cit.*, chap. IX, sect. XXII.

## I. — LA SOCIÉTÉ DANS L'ÉTAT NATUREL

Le projet de Domat est grandiose : il s'agit de fonder l'ordre des lois sur des principes incontestables, d'organiser le chaos et de rendre son dû à la Raison. Ainsi, dans le même moment où la monarchie absolue rationalise le pouvoir, dans le même moment où Bossuet rationalise la politique tirée des Écritures saintes, où la grammaire découvre sa logique, où Descartes établit l'omnipotence du sujet, Domat donne au droit la place royale qui sera la sienne.

A. — *Les deux lois fondamentales*

Pour connaître les premiers principes des lois, il faut supposer deux vérités. « L'une que les lois de l'homme ne sont autre chose que les règles de sa conduite ; l'autre que cette conduite n'est autre chose que les démarches de l'homme vers sa fin. »<sup>6</sup>

Connaître la fin de l'homme permettra donc de déterminer les règles de sa conduite. Et Domat, dans un langage surprenant pour un juriste, va mener une quête angoissée sur la fin de l'homme.

Tout ce qui nous entoure est voué à la finitude. Dans l'homme, on ne verra que les semences des misères et de la mort. Autour de lui nous verrons « que bien loin que les choses que nous y voyons puissent être regardées comme notre fin nous sommes la leur : et ce n'est que pour nous que Dieu les a faites »<sup>7</sup>. Le destin des choses est de périr.

« Et pour le cœur, personne n'ignore que le monde entier n'est pas capable de le remplir, et que jamais il n'a pu faire le bonheur d'aucun de ceux qui l'ont le plus aimé et qui en ont le plus possédé. Cette vérité se fait si bien sentir à chacun que personne n'a besoin qu'on l'en persuade. Et il faut enfin apprendre de celui qui a formé l'homme, que c'est lui seul qui étant son principe est aussi sa fin, et qu'il n'y a que Dieu seul qui puisse remplir le vide infini de notre esprit et de ce cœur qu'il a fait pour lui. »<sup>8</sup>

L'homme sans Dieu est un homme désolé. Soit il erre comme un fantôme, désespéré par l'infini qu'il porte en lui, soit il est aveugle et s'envisage lui-même comme une chose. Dans un cas comme dans l'autre il n'est que le simple reflet d'un miroir éteint.

Ainsi les Romains qui ignoraient la fin de l'homme avaient pu produire des lois injustes. Car c'était bien dénier la fin de l'homme que de donner au père un droit de vie ou de mort sur son fils ; et c'était bien refuser aussi cette fin que de considérer les esclaves comme des choses. Cet aveuglement des Romains se voyait encore dans l'idée qu'ils se faisaient de l'origine de la société. Leurs philosophes « s'étaient imaginé que les hommes avaient premièrement vécu comme des bêtes sauvages dans les champs, sans

<sup>6</sup> *Id.*, Chap. I.

<sup>7</sup> *Id.*

<sup>8</sup> *Id.*

communication et sans liaison, jusqu'à ce qu'un d'eux s'avisât qu'on pouvait les mettre en société et commença à les apprivoiser pour en former une. »<sup>9</sup> On perçoit l'étendue de leur ignorance. Puisqu'ils ignoraient à quoi ils étaient destinés ils ne pouvaient se voir comme des hommes mais comme un troupeau qui demande un maître. Ils ne concevaient que la tyrannie.

En revanche, lorsque l'homme sait que Dieu est sa propre fin, il est investi de cette divinité, il se conforme à cet idéal que Dieu a gravé dans son cœur et sort à tout jamais de l'animalité. Son désir de Dieu le fait être souverain.

Ainsi, par cette première loi, l'homme est institué comme origine et fin du droit ; le droit n'apparaît plus comme un ordre arbitraire, un instrument capricieux aux mains d'un chef, mais comme une nécessité de l'ordre de Dieu. La norme juridique trouve son fondement dans la nature humaine.

C'est pourquoi cette première loi en implique nécessairement une seconde.

« Cette loi qui commande à l'homme la recherche et l'amour du Souverain Dieu étant commune à tous les hommes, elle en renferme une seconde, qui les oblige à s'unir et à s'aimer entr'eux ; parce qu'étant destinés pour être unis dans la possession d'un bien unique, qui doit faire leur commune félicité, et pour être unis si étroitement qu'il est dit qu'ils ne feront qu'un, ils ne peuvent être dignes de cette unité dans la possession de leur fin commune s'ils ne commencent leur union en se liant d'un amour naturel dans la voie qui les y conduit. »<sup>10</sup>

Dieu, situé à la fois dans l'homme et au-delà de l'homme apparaît ainsi comme la condition et la garantie de la loi. D'une part il fonde l'homme juridique, d'autre part cette fondation est extérieure à l'homme, elle vient d'ailleurs. C'est donc par Dieu que l'idéal individuel est en même temps idéal collectif, ou, mieux encore, que l'idéal individuel est, en son fonds même, collectif. Dieu est cette représentation par laquelle chaque homme se reconnaît comme la partie d'un Tout à quoi il participe.

Par là, Domat inaugure une réflexion sur l'obéissance à la norme juridique qui se soutient d'une théorie de la représentation. En effet, non seulement les hommes se trouvent soumis à une représentation collective d'eux-mêmes, non seulement cette représentation apparaît située au-delà de leur société, mais encore elle est inscrite dans le sujet lui-même. En d'autres termes, le droit est non seulement une norme supra-individuelle mais encore une norme interne au sujet, intériorisée.

On reconnaîtra ici la problématique des juristes modernes, qui se représentent le droit comme un produit du sujet, qui trouve néanmoins sa légitimité dans une norme extérieure au sujet, qu'il s'agisse d'une norme fondamentale ou de l'État.

Cette position de Dieu, qui résulte du travail du droit dans la religion, on peut la retrouver aussi dans le champ politique.

Lorsque Bossuet nous indique dans la *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture sainte*<sup>11</sup> que le « premier principe des lois est de reconnaître la divinité, d'où nous

<sup>9</sup> *Id.*

<sup>10</sup> *Id.*

<sup>11</sup> Droz, 1967.

viennent tous les biens et l'être même »<sup>12</sup>, il donne à cette divinité le statut d'une représentation du peuple par lui-même.

VI<sup>e</sup> Proposition : la loi est sacrée et inviolable.

« Pour entendre parfaitement la nature de la loi, il faut marquer que tous ceux qui en ont bien parlé l'ont regardée dans son origine comme un pacte et un traité solennel par lequel les hommes conviennent ensemble par l'autorité des princes de ce qui est nécessaire pour former leur société...

«... Dieu assemble son peuple, leur fait proposer à tous la loi par laquelle il établissait le droit sacré et profane, public et particulier de la nation, et les en fait tous convenir en sa présence...

« Moïse reçoit ce traité au nom de tout le peuple qui lui avait donné son consentement...

« Tout le peuple consent expressément au traité...

« Il faut remarquer que Dieu n'avait pas besoin du consentement des hommes pour autoriser sa loi, parce qu'il est leur Créateur, qu'il peut les obliger à ce qu'il lui plaît ; et toutefois, pour rendre la chose plus solennelle et plus ferme, il les oblige à la loi par un traité exprès et volontaire.

VII<sup>e</sup> Proposition : la loi est réputée avoir une origine divine.

« Le traité qu'on vient d'entendre a un double effet : il unit le peuple à Dieu, et il unit le peuple en soi-même.

« Le peuple ne pouvait s'unir en soi-même par une société inviolable si le traité n'en était fait dans son fond en présence d'une puissance supérieure, telle que celle de Dieu, protecteur naturel de la société humaine, et inévitable vengeur de toute contravention à la loi.

« Mais quand les hommes s'obligent à Dieu, lui promettant de garder tant envers lui qu'entre eux tous les articles de la loi qu'il leur propose, alors la convention est inviolable, autorisée par une puissance à laquelle tout est soumis.

« C'est pourquoi tous les peuples ont voulu donner à leurs lois une origine divine, et ceux qui ne l'ont pas eue ont feint de l'avoir. »<sup>13</sup>

Ainsi, chez Bossuet, Dieu apparaît comme la condition et le résultat de la société. D'un côté son autorité doit être intériorisée par le peuple, de l'autre côté elle prend la forme d'une puissance qui lui est extérieure.

Mais, alors que chez Domat, qui raisonne en juriste, ce schéma possède une efficacité individuelle, chez Bossuet, qui raisonne en politique, ce schéma possède d'emblée une efficacité collective. Néanmoins, ici comme là, le processus est le même : il s'agit toujours d'expliquer une représentation collective, qui existe dans la société et au-dessus d'elle.

Et Bossuet, en énonçant le « double effet » de ce traité est d'une clarté absolue : les hommes ne peuvent s'unir entre eux qu'à la condition de s'unir à Dieu. Il suffira à Rousseau de remplacer Dieu par le peuple lui-même pour obtenir le *Contrat social*, à

<sup>12</sup> *Op. cit.*, Livre I, art. IV, III<sup>e</sup> proposition.

<sup>13</sup> *Op. cit.*

quoi il manquera toujours une théorie de la représentation du peuple par lui-même. Sauf à la retrouver dans sa biographie. *Les Confessions* ouvrent, en annexe, ce que le contrat social avait forclos.

À la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, il y a donc à l'horizon une théorie de la représentation, qui est obtenue par le travail du droit et de la politique dans la religion. Dans le même moment où naît la centralisation du pouvoir, le sujet de droit prend naissance.

Ainsi, partant de ces deux lois fondamentales, Domat va examiner à présent le plan idéal de la société.

### B. — *La société de Dieu*

Pour construire logiquement le plan de la société divine, il faut supposer que Dieu a donné à l'homme l'usage de la vie pour le reconnaître et pour l'aimer, de sorte qu'il voit dans tous les objets qui l'entourent « qu'ils sont autant de traits et d'images de ce que Dieu veut qu'on connaisse et qu'on aime en lui »<sup>14</sup>.

En outre, il faut supposer aussi que ces mêmes objets doivent exciter les hommes à l'amour du Souverain Dieu, et doivent les engager « à la société et à l'amour mutuel entr'eux. Car on ne voit et on ne connaît rien, ni hors de l'homme, ni dans l'homme, qui ne marque sa destination à la société. »<sup>15</sup>

Autrement dit, les objets d'une part nous rappellent à tout moment qu'ils sont à l'image de Dieu, et d'autre part qu'ils sont la marque de la communauté humaine. C'est pourquoi la société, pour se conformer au dessein de Dieu, est tenue de s'organiser en un système des besoins, où chaque homme trouve sa place naturelle : et l'on peut alors distinguer « les différents travaux, les divers emplois et les différentes conditions... »<sup>16</sup>.

Quant au droit, il donne à la société sa forme rationnelle. Plus précisément, il est ce par quoi la matière sociale s'organise, se règle et se hiérarchise. De ce fait, elle peut s'envisager comme une véritable *totalité juridique*.

Il est dès lors concevable que, dans cette totalité, tout puisse s'ordonner, tout puisse se nommer en droit ; il est concevable que chaque chose, chaque acte, soit désigné ; qu'il lui soit associé un sens spécifiquement juridique, qui recevra sa légitimité de cette totalité elle-même.

Ainsi l'homme apparaîtra comme un *être de droit*, doué d'une essence aussi universelle que le droit lui-même ; ainsi la nature échappera-t-elle aux lois naturelles pour se conformer à une classification rationnelle ; et l'univers tout entier sera divisé selon des catégories juridiques. Un code pourra enfermer dans ses prescriptions la société humaine dans son ensemble, et on aura exclu à tout jamais les aléas et l'insécurité. Et Dieu, raison juridique absolue, en sera la garantie suprême.

Telle est la vision de Domat. Il annonce déjà le projet d'un Code civil ; il annonce déjà le normativisme qui considère « que les normes qui confèrent à un acte la signification d'acte de droit – ou d'acte contre le droit – sont elles-mêmes créées au moyen

<sup>14</sup> *Id.*, Chap. II.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.*

d'actes de droit, et qu'à leur tour ces actes reçoivent leur signification juridique d'autres normes »<sup>17</sup>.

Avec Domat, le droit devient un système clos sur lui-même, qui s'est construit sa propre légitimité, et dans lequel la société réalise son désir de sécurité.

Dans cette classification, au premier chef, il faut d'abord définir l'homme ; après quoi on désignera la nature.

## I. — Les hommes et les choses selon l'ordre des lois

### a. — *La nature juridique de l'homme*

Comment concevoir, juridiquement, ce qu'est un homme ? Comment en donner une définition qui le fasse échapper aux errements du droit romain, où l'on ne savait pas très bien de quelle matière il pouvait être fait ? Parfois libre, parfois esclave, parfois chose, parfois bête. Que disaient donc les Romains dans leurs propres lois ; qu'entendaient-ils exactement par « état des personnes », termes sous lesquels ils tentaient précisément de saisir la nature juridique de l'homme ?

Sous ce chapitre, dit Domat, on voit seulement qu'il y a différentes qualités de personnes, « comme celle de libre et d'esclave, de père de famille et fils de famille, et autres, dont il est dit qu'elles font l'état des personnes. Mais on ne voit rien qui marque ce qu'il y a de commun dans ces qualités, par où l'on puisse concevoir une idée juste et précise dans une qualité, pour pouvoir dire qu'elle regarde ou ne regarde pas l'état d'une personne »<sup>18</sup>;

Autrement dit, le droit romain ignorait la nature universelle de l'homme ; il ne la saisissait que dans des situations précises – celle de père, ou de fils, ou d'esclave – et en tirait des conséquences juridiques. Mais il ne s'agissait que de conséquences partielles, contingentes, d'où il était impossible d'en déduire une qualité unique, par quoi l'on pouvait reconnaître qu'on désignait l'homme en général.

Ainsi les Romains n'en ont-ils rien dit. À la vérité, ils ne pouvaient rien en dire, puisqu'ils ignoraient eux-mêmes que l'homme était unique, à la ressemblance de Dieu. Leur polythéisme commandait nécessairement une pluralité de statuts juridiques touchant la personne humaine. Or Dieu nous enjoint de désigner l'homme comme une modalité qui vaille universellement ; il nous enjoint de rechercher en lui une essence commune, une mesure indivisible, sans quoi on faillirait à la finalité que Dieu a inscrite en lui.

À l'universalité de l'homme doit correspondre une définition juridique universelle.

Et Domat va alors fournir une réponse d'une surprenant modernité.

Si l'on considère, dit-il, les différentes lois qui régissent la société, on s'aperçoit « qu'elles ont tout cela de commun qu'elles rendent les personnes capables ou incapables... De sorte qu'on peut dire que l'état des personnes consiste dans cette capacité ou cette incapacité »<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 5.

<sup>18</sup> *Op. cit.*, Livre préliminaire. Titre II.

<sup>19</sup> *Id.*

La *capacité* serait donc le pouvoir que donne le droit à une personne de jouir de l'exercice du droit ; de ce fait elle serait l'essence universelle de l'homme. Autrement dit, l'homme serait constitué en sujet de droit, c'est-à-dire en un être capable de vouloir par le droit et pour le droit, et ce serait le droit lui-même qui lui octroierait cette faculté.

On voit clairement que le droit fonctionne alors sur le schéma divin, et qu'il lui est même strictement superposable. De même en effet que Dieu a fait les hommes à son image, et que cette ressemblance les constitue comme homme, de même c'est la ressemblance des hommes au droit qui leur donne la qualité de sujet. Le droit se conduit comme Dieu, puisqu'il est la source et la fin de l'existence sociale de l'homme. Ainsi, la capacité se présente comme la traduction juridique de la présence de Dieu dans l'homme. Et l'on voit comment le christianisme peut s'énoncer par une égalité abstraite juridique : tous les hommes naissent libres et égaux en droit.

C'est pourquoi, poursuit Domat, « les personnes libres sont tous ceux qui ne sont point esclaves et qui ont conservé la liberté naturelle, qui consiste au droit de faire tout ce qu'on veut à la réserve de ce qui est défendu par les lois, ou de ce qu'une violence empêche de faire »<sup>20</sup>.

Par ailleurs, le droit se donne lui-même le pouvoir d'expulser un individu, de le chasser hors de son texte, en lui ôtant sa capacité. Par là, il le réduit à l'inexistence juridique, au non-droit, à une véritable mort. Ce procédé remarquable est celui de la « mort civile », c'est-à-dire de la mort par une mise hors-la-loi, d'une déchéance par laquelle l'individu est privé de sa capacité.

« On appelle mort civile l'état de ceux qui sont condamnés à la mort, ou à d'autres peines qui emportent une confiscation des biens. Ce qui fait que cet état est comparé à la mort naturelle, parce qu'il retranche de la société et de la vie civile ceux qui y tombent, et les rend comme esclaves de la peine qui leur est imposée. »<sup>21</sup>

La loi peut donc rendre l'homme esclave de sa peine, à condition que cette peine soit prononcée en droit ; et ce que le droit a donné, seul le droit peut aussi le retirer. Il s'agit donc d'un esclavage au nom de la loi, qui se traduit par une perte de la capacité.

Les hommes sont ainsi au cœur de l'univers juridique. Sujets de droit libres et égaux entre eux, ils possèdent cette qualité commune de jouir du pouvoir juridique. Ce sont des êtres de droit au même titre, et de la même façon qu'ils sont des créatures de Dieu. Mieux même : ils se présentent comme des fictions rationnelles en qui s'inscrit l'imaginaire social d'une raison juridique ;

Domat annonce, plus de deux siècles à l'avance, la problématique moderne du sujet de droit. L'homme individuel, dira Saleilles en 1910, n'est pas seulement une personne juridique ; il ne l'est que si l'esprit humain le saisit comme tel. En fait, il est un sujet de droit par suite uniquement de la notion que l'esprit humain s'est formée du droit. Toute personnalité juridique est une personnalité fictive<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> *Id.*, sect. II. 2.

<sup>21</sup> *Id.*, sect. II. 12.

<sup>22</sup> Saleilles, *De la personnalité juridique*, 1910, p. 567.

Par le droit, les hommes sont dès lors ordonnés dans la totalité juridique ; ils la représentent chacun pour eux, puisqu'ils sont constitués en elle et par elle. Il suffira de donner à cette totalité le nom d'État pour qu'on ait, d'emblée, le sujet étatique.

Ayant ainsi désigné les hommes et leur essence universelle, Domat peut alors désigner la nature elle-même.

b. — *L'ordre juridique de la nature*

La nature fait partie intégrante de cette totalité. Puisque « tout ce que renferme la terre n'est qu'un appareil pour tous les besoins de l'homme », elle va être soumise à la classification juridique.

« Les lois civiles étendent les distinctions qu'elles font des choses à tout ce que Dieu a créé pour l'homme. Et comme c'est pour notre usage qu'il a fait tout cet Univers, et qu'il destine à nos besoins tout ce que contiennent la terre et les cieux, c'est cette destination de toutes choses à tous nos différents besoins qui est le fondement des différentes manières dont les lois considèrent et distinguent les différentes espèces des choses pour régler les différents usages et les commerces qu'en font les hommes »<sup>23</sup>.

Ainsi, puisque Dieu a mis le monde à la disposition des hommes, il leur reste à le légiférer et à l'ordonner.

On fera une division tripartite de la nature qui respecte l'ordre de la société. On y verra d'abord les *choses communes à tous*, c'est-à-dire les choses qui ne peuvent pas être appropriées : les cieux, les astres, la lumière, l'air et la mer. Puis on distinguera entre les choses appropriables celles qui sont publiques et celles qui sont privées. Parmi les *choses publiques*, on y verra les fleuves, les rivières, les rivages, les grands chemins, qui font partie du domaine public, car tout le monde doit en avoir l'usage. C'est pourquoi seul le Prince peut en régler les commodités. Parmi les *choses privées*, on distinguera d'abord entre les meubles et les immeubles. En effet, « la terre étant donnée aux hommes pour leur demeure et pour produire toutes les choses nécessaires pour tous leurs besoins, on y distingue les portions de la surface de la terre que chacun occupe, et toutes les choses que nous pouvons en séparer selon notre usage »<sup>24</sup>. Ainsi cette distinction recouvre deux usages de l'homme en société : d'une part l'homme doit pouvoir habiter en un lieu fixe, d'autre part il doit pouvoir faire circuler les choses.

C'est pourquoi on peut aussi classer les choses au regard de leur *circulation*. Et on distinguera alors entre les choses dans le commerce et hors-commerce, les choses sacrées et profanes, les choses corporelles et incorporelles, les mines, la monnaie et le Trésor, choses spéciales puisqu'elles appartiennent au Prince lui-même.

<sup>23</sup> *Op. cit.*, Préface. Titre III.

<sup>24</sup> *Ibid.*

On obtient ainsi une véritable organisation légale du monde, un véritable statut juridique de la nature où les distinctions que le droit opère se substituent aux distinctions « naturelles ». La nature devient un ordre social, soumise aux lois de l'homme, qui ne font que légiférer la volonté de Dieu qui en a fait un « appareil » pour notre usage. Et puisque, par ailleurs, l'homme, sujet de droit, possède la capacité de jouir du droit, il en résulte que le sujet de droit devient par là le maître et possesseur de la nature.

Avec Domat est mise en place une véritable totalité juridique où l'homme occupe le centre. Créé à l'image de Dieu, il crée le monde à sa propre image, et se conduit à l'égard de lui-même et des choses comme Dieu se conduisait à son égard. Dans cet immense désir de classification rationnelle, l'homme révèle, en fait, un désir divin.

Il est possible, à présent, d'examiner les rapports singuliers qui se nouent entre les hommes.

## II. — Il y a deux sortes d'engagements

On sait que Dieu a destiné les hommes à la société ; on sait qu'il a formé des liens qui les y engagent et qu'il les a soumis à des lois uniques qui sont communes à tout le genre humain. Mais, à ces liaisons générales et communes, il a ajouté « d'autres liaisons... d'autres engagements particuliers de diverses sortes, par où il lie de plus près les hommes entr'eux, et détermine chacun à exercer effectivement envers quelques uns, les devoirs de cet amour, qu'aucun ne peut exercer envers tous les autres »<sup>25</sup>.

Mais alors, comment se fait-il que ces engagements particuliers conservent le caractère universel des lois communes à tous ? Par quel miracle un individu qui se marie, qui contracte une vente ou un achat ou n'importe quelle obligation, peut-il se conformer aux lois universelles ?

La réponse est aisée : cela tient, en fait, à ce que tout homme est un *sujet de droit*, à ce que tout homme possède la *capacité juridique*, et qu'il est ainsi investi de cette qualité unique, quasi-divine, de participer au droit de par sa nature même. Dès lors sa volonté particulière apparaît comme une détermination de la volonté juridique générale ; en chacun de ses actes se joue la totalité juridique dont il est issu, et les engagements qu'il peut prendre acquièrent, *de facto*, la forme de la loi. Ayant ainsi intériorisé le droit, en étant devenu tout à la fois sujet et objet, l'homme reproduit le droit par la force même de son être : quoi qu'il fasse, quoi qu'il dise, son acte ou sa morale instaure un rapport juridique avec les autres hommes. De sorte, poursuit Domat, que les engagements par lesquels les hommes se lient les uns aux autres, « sont à chacun comme des lois particulières »<sup>26</sup>. Plus précisément : « Que tout homme étant un membre du corps de la société, chacun doit y remplir ses devoirs et ses fonctions selon qu'il y est déterminé par le rang qu'il occupe et par ses autres engagements. D'où il s'ensuit que les engagements de chacun lui sont comme ses lois propres »<sup>27</sup>.

C'est une solution tout à fait remarquable car, désormais, toute la société se condense en chaque individu ; chacun l'exprime par devers soi par la simple faculté du vouloir. Dans les rapports privés, les individus peuvent alors se rencontrer d'égal à égal

<sup>25</sup> *Id.*, chap. II.

<sup>26</sup> *Id.*

<sup>27</sup> *Id.*, chap. V.

– pour autant qu’ils respectent leur rang – investis d’un même pouvoir, circulant dans le droit comme en eux-mêmes. Ils apparaissent comme les maîtres absolus d’un monde présumé divin.

Le système de droit prend alors toute sa dimension imaginaire. L’homme, être de fiction juridique, reconstruit le monde à l’image de son désir de rationalité, où toute division s’abolit. Le corps social se représente sous la forme d’une union si étroite qu’un jour on ne fera plus qu’un. L’homme et la femme se réunissent par mariage, les enfants se réunissent par les successions, les hommes les plus divers s’accordent par des contrats ; la société tout entière devient un système de rapports juridiques liés, en dernière instance, par l’amour de Dieu. Tout est nommé – ou mieux encore nommable ; tout est reconnu – et mieux encore reconnaissable ; tout est codifié – ou mieux encore codifiable. Toute la régulation sociale est contenue *a priori* dans le droit, et dans l’homme qui agit selon le droit.

C’est pourquoi, encore une fois, le plan de toute la société est inscrit dans la nature humaine.

Et Domat poursuit : ces engagements particuliers, dit-il, sont de deux sortes : « la première est de ceux qui se forment par les liaisons naturelles du mariage entre le mari et la femme : et de la naissance entre les parents et les enfants ; et cette espèce comprend aussi les engagements des parentés et des alliances qui sont la suite de la naissance et du mariage.

« La seconde espèce renferme toutes les autres formes d’engagements qui approchent de toute sorte de personnes les uns des autres, et qui se forment différemment, soit dans les diverses communications qui se font entre les hommes de leur travail, de leur industrie, et de toutes sortes d’offices, de services et d’autres secours : ou dans celles qui regardent l’usage des choses. Ce qui renferme tous les différents usages des arts, des emplois et des professions de toute nature, et tout ce qui peut lier les personnes selon les différents besoins de la vie, soit par des communications gratuites ou par des commerces »<sup>28</sup>.

En distinguant deux espèces d’engagements, Domat met en place une nouvelle configuration de la société. Jusque là, en effet, les juristes pensaient la société en termes de hiérarchie, de « dignité ». Au milieu du XVII<sup>e</sup> siècle, on voyait encore le modèle de l’ordre humain dans l’ordre immuable des Intelligences célestes. « Car nous ne pourrions pas vivre ensemble en égalité de condition », disait Loyseau, « mais il faut par nécessité que les uns commandent et que les autres obéissent... Les souverains seigneurs commandent à tous ceux de leur État, adressant leur commandement aux grands, les grands aux médiocres, les médiocres aux petits, et les petits au peuple. Et le peuple qui obéit à tous ceux-là, est encore séparé en plusieurs ordres et rangs, afin qu’en chacun d’iceux il y ait des supérieurs qui rendent raison de tout leur Ordre aux Magistrats et les Magistrats aux Seigneurs Souverains... »<sup>29</sup>. Il y avait là une conception sociale pyramidale, directement héritée du féodalisme, où les individus se réglent sur leur place dans la hiérarchie, c’est-à-dire dans leur droit à donner des ordres ou à en recevoir.

Chez Domat, cette topologie est profondément remaniée. D’un côté nous trouvons les *rapports naturels entre les personnes*, et qui valent universellement ; de l’autre côté

<sup>28</sup> *Id.*, chap. II.

<sup>29</sup> Loyseau, *Traité des Ordres et simples dignités*, Paris, 1666, p. I.

le *système des besoins*. Et cette topologie elle-même ne prend son sens qu'au regard de la capacité juridique, qui donne à tout individu un droit égal à jouir de la loi.

Ainsi, à cette conception pyramidale se substitue une autre conception où l'on peut distinguer les « personnes » et les « biens », l'homme et les choses.

Pour en saisir le destin prodigieux, on peut s'en référer à l'idéologie des rédacteurs du code civil. « Déjà, législateurs », disait Albisson, orateur du Tribunat, « vous avez consacré les maximes fondamentales de toute bonne législation, relativement à la publication, eux effets et à l'application des lois en général ; maximes qui, sans appartenir spécialement au code civil, ont dû néanmoins trouver leur place en tête de ce code qui, plus que toute autre, vous disait à cette occasion un orateur du gouvernement, embrasse l'universalité des choses et des personnes ». Et, concernant les personnes, l'orateur poursuivait : « Vous avez successivement reconnu le caractère de la loi aux vues soumises à votre sagesse concernant la jouissance et la privation des droits civils, la forme et la conservation des actes destinés à constater l'état civil des individus, la détermination des signes quelquefois équivoques du vrai domicile, les caractères que doit avoir l'absence pour appeler la surveillance de la loi sur les biens et les droits des absents ; tous objets également intéressants pour la facilité et la sûreté des transactions privées, et pour le maintien de l'ordre social. Vous avez ensuite constitué la famille, élément primitif et nécessaire de toute société civile, en sanctionnant les règles relatives à la formation du mariage, aux obligations résultant de ce lien sacré, à sa dissolution, aux signes civils de la paternité légale, aux preuves de la filiation légitime, à la légalisation de la paternité et de la filiation purement naturelles... »<sup>30</sup>.

La famille apparaît ainsi comme une continuation naturelle du sujet de droit, à la fois dans son organisation interne (jouissance des droits, actes d'état civil, domicile), et dans sa reproduction en tant que sujet (mariage, filiation, autorité paternelle...). Et à la famille est opposé ce qui est du ressort de la société civile (les contrats, les différentes obligations, vente, louage, sociétés...).

Sous les deux espèces d'engagements de Domat, on trouve, préfigurée, la grande distinction civiliste moderne des *biens* et des *personnes*.

On sait, par ailleurs, que Hegel formalisera cette structure : il envisagera la moralité objective en trois moments :

a) la famille, comme esprit moral objectif immédiat ou naturel, qui s'évanouit dans la perte de son unité, pour devenir

b) « société civile, association de membres qui sont des individus indépendants dans une universalité formelle, au moyen des besoins, par la constitution juridique comme instrument de sécurité de la personne et de la propriété et par une réglementation extérieure pour les besoins particuliers et collectifs » ; cet État extérieur se rassemblant dans

c) la constitution de l'État<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Discours prononcé au Corps législatif dans sa séance du 3 germ. an II *in Jurisprudence générale* Dalloz, V<sup>o</sup> Puissance paternelle et usufruit légal, p. 558. n. 30, Paris, 1857.

<sup>31</sup> Hegel, *Principes de la philosophie du droit* § 157.

a. — *De la première espèce d'engagement*

Dans le récit biblique de l'origine de l'homme et de la femme, on peut voir la parabole de la société tout entière.

« Dieu ne forma premièrement que l'homme seul, et puis il en tira de lui un second sexe, et forma la femme d'une des côtes de l'homme, pour marquer par l'unité de leur origine qu'ils font un seul tout, où la femme est tirée de l'homme et lui est donnée de la main de Dieu comme une compagne et un secours semblable à lui et formé de lui : c'est ainsi qu'il les lia par cette union si étroite et si sainte, dont il est dit que c'est Dieu lui-même qui les a conjoints, et qui les a mis deux en une chair »<sup>32</sup>.

On voit ainsi comment un tout originaire se distingue en lui-même, comment cette division engendre un état de besoins mutuels, et comment l'amour abolit à nouveau cette division pour réunir les deux membres dans une union première. Et tel est aussi le mouvement de la société idéale : les hommes, nés de Dieu rencontrent l'amour dans le système des besoins, et se rejoignent pour former à nouveau cette totalité d'où ils sont primitivement issus. Dans la société familiale, et dans les lois qui la régissent, on peut donc voir apparaître la société civile idéale ; qu'il s'agisse de la législation du mariage, de la naissance ou des successions, on doit y retrouver la destination de l'homme à Dieu, et les règles qui conduisent à cette destination.

Pour le *mariage*, il est donc naturel qu'il « soit précédé et accompagné de l'honnêteté, du choix réciproque des personnes qui s'y engagent, du consentement des parents qui tiennent en plusieurs manières la place de Dieu : et qu'il soit célébré par le ministère de l'Église, où cette union doit recevoir les effets du Sacrement qui en est le lien »<sup>33</sup>.

Et le droit du mariage implique qu'il ne puisse être dissous, puisque la main de Dieu a uni l'homme et la femme en un seul tout. Et quant à l'*autorité* qui doit s'exercer dans la famille, « le mari, étant par l'ordre divin le chef de la femme, il a sur elle une puissance proportionnée à ce qu'il est dans leur union : et cette puissance est le fondement de l'autorité que les lois civiles donnent au mari, et des effets de cette autorité dans les matières où elle a son usage ».

Cette proportionnalité, on la retrouve dans les devoirs qui lient les parents aux enfants et les enfants aux parents.

Comme c'est par la *naissance* « que Dieu forme l'amour mutuel, qui unit si étroitement celui qui en engendrant son semblable lui donne la vie, et celui qui la reçoit, il donne à l'amour des parents un caractère proportionné à l'état des enfants à leur naissance, et à tous les besoins qui sont les suites de cette vie qu'ils leur ont donnée, pour les lier par cet amour aux devoirs de l'éducation, de l'instruction, et à tous les autres »<sup>34</sup>.

Ce sont les mêmes règles qui régissent, inversement, les *devoirs des enfants envers les parents*. Cet amour a un « caractère proportionné aux devoirs de dépendance, d'obéissance, de reconnaissance, et à tous les autres où les engage le bienfait de la vie, qu'ils tiennent tellement des parents dont Dieu les a fait naître, qu'il nous apprend que sans

<sup>32</sup> Domat, *op. cit.*, chap. III.

<sup>33</sup> *Id.*

<sup>34</sup> *Id.*

eux ils ne l'auraient point, ce qui les oblige à rendre aux parents tous les secours, et tous les services dans leurs besoins : et surtout en ceux du déclin de l'âge et des autres faiblesses, infirmités, et nécessités, où les enfants peuvent rendre à leurs parents des devoirs qui répondent aux premiers bienfaits qu'ils en ont reçu »<sup>35</sup>.

De cela, Domat en déduira deux conséquences : d'une part la structure de la puissance paternelle, d'autre part l'ordre des successions.

Quant à la *puissance paternelle*, elle tient ses fondements de ces différents engagements ; elle repose « sur les devoirs réciproques des parents envers les enfants, et des enfants envers leurs parents, selon que ce sont des matières de la Police, comme le sont les droits que les lois et les coutumes donnent aux pères pour la conduite de leurs enfants, pour la célébration de leurs mariages, pour l'administration et la jouissance de leurs biens, des rébellions des enfants contre l'obéissance aux parents, l'injustice des parents ou des enfants qui se refusent les aliments, et les autres semblables »<sup>36</sup>.

Et quant aux *successions*, elles reposent sur ce même ordre dont Dieu s'est servi pour donner la vie aux enfants par leurs parents, car « les biens étant donnés aux hommes pour tous les différents besoins de la vie, et n'étant qu'une suite de ce bienfait, il est de l'ordre naturel qu'après la mort des parents, les enfants recueillent leurs biens, comme un accessoire de la vie qu'ils ont reçue d'eux »<sup>37</sup>.

En fin de compte, et au-delà des règles de détail, les rapports familiaux sont dirigés par la loi de la *proportionnalité*. C'est parce que la femme est née de l'homme, que la loi donne à l'homme les moyens de leur réunion et a créé l'institution du mariage et de la puissance maritale ; c'est parce que l'enfant naît faible et démuné que la loi, observant la volonté de Dieu, donne aux parents l'amour nécessaire à leur transformation en homme ; et c'est enfin parce que les enfants doivent leur vie à leurs parents, que la loi les contraint à les secourir. Ainsi, à chaque état de la vie de l'homme correspond une loi adéquate à cet état, et qui en respecte la finalité.

De ce fait, tout abus est par hypothèse exclu puisque la loi se règle, à chaque instant, sur l'amour spécifique que requiert un état précis. Nous ne sommes point si éloignés du « principe d'utilité » qui dominera la pensée juridique au XVIII<sup>e</sup> siècle. Lorsque Beccaria écrira « il doit y avoir une proportion entre les délits et les peines », il formalisera, dans le droit pénal, ce que Domat avait mis en œuvre dans le droit civil.

Mieux encore : en récusant tout autant le droit romain, tel qu'il était appliqué dans les pays de droit écrit, que le droit coutumier, dont la complexité excluait toute règle générale, Domat inspire les rédacteurs du code civil. Réal, dans l'exposé des motifs du Titre IX Livre I du code civil (« De la puissance paternelle »), développe, devant le corps législatif, une pensée équivalente. « La nature et la raison exigent évidemment l'établissement et l'exercice de la puissance paternelle. Jusqu'à la majorité, cette puissance est dans les mains des auteurs de nos jours, et il est facile de reconnaître que la raison exige que le père seul puisse l'exercer, et que la mère ne commence à en jouir réellement qu'à l'instant où elle devient veuve. Après la majorité, la puissance paternelle est toute de conseil et d'assistance... Elle appartient au père et à la mère ; elle exige le consentement de l'un et de l'autre au mariage du fils de famille ; elle donne à l'un et à

<sup>35</sup> *Id.*

<sup>36</sup> *Id.*

<sup>37</sup> *Id.*

l'autre le pouvoir de récompenser la piété filiale et de punir l'ingratitude. Voilà la puissance paternelle. Voilà d'après la nature et la raison, l'étendue mais aussi les bornes de cette puissance »<sup>38</sup>.

Telle est donc cette première sorte d'engagements qui établit la famille sur les deux premiers principes. Il reste à examiner la seconde sorte d'engagements.

#### b. — *De la seconde espèce d'engagements*

Cette seconde espèce, qui tend à réunir les hommes les plus divers, et à les faire se rencontrer en Dieu, a été voulue par Dieu lui-même qui a multiplié les besoins des hommes. Ainsi, se sentant nécessaires les uns aux autres, les hommes se lient dans des rapports de droit : un tissu d'obligations réciproques enserme toute la société.

Avant d'entrer plus avant dans l'analyse de ces engagements, il faut faire une observation préliminaire. On sait déjà que, par cette sorte d'engagements, Domat désigne le « système des besoins » ou, si l'on préfère, la société civile. Or cette société civile, il l'envisage sous un double signe, sous une double qualification : une qualification économique-sociale, et une qualification proprement juridique. Mais, dans le passage de l'une à l'autre de ces qualifications, la structure sociale va bouger. Alors qu'on a affaire, dans le premier cas, à une description tout à fait orthodoxe de la société du XVII<sup>e</sup> siècle, dans le second cas les présupposés juridiques vont tout bouleverser. Car il n'est pas aisé, on le verra, de mettre en accord des prémisses juridiques « bourgeoises » et une structure sociale encore féodale.

Ainsi, la topologie nouvelle que Domat avait mis en place en distinguant les « biens » et les « personnes », et dont j'avais souligné la nouveauté, va-t-elle se retrouver dans le système des besoins, mais masquée, ambiguë, hésitante. Rien d'étonnant à cela d'ailleurs : il est facile à Domat, qui pense en bon chrétien, d'établir des bases universelles lorsqu'il s'agit des personnes, de leur statut, de leur union « naturelle » ; en revanche, ce même statut se heurte à l'organisation sociale, à une société de classe, à une hiérarchie en ordres, que Domat respecte par ailleurs.

On retrouvera, chez d'autres auteurs du XVII<sup>e</sup> siècle – Delamarre par exemple – le même type de contradiction.

Dieu, nous expose Domat, s'est servi de deux voies pour mettre chacun dans l'ordre des engagements où il le destine.

La *première voie* respecte, comme je l'ai dit, la structure sociale. Elle est, en effet, l'arrangement que Dieu « fait des personnes dans la société, où il donne à chacun sa place, pour lui marquer par sa situation les relations qui le lient aux autres, et quels sont les devoirs propres au rang qu'il occupe ; et il place chacun dans le sien, par la naissance, par l'éducation, par les inclinations, et par les autres effets de sa conduite, qui rangent les hommes. C'est cette première voie qui fait à tous les hommes les engagements généraux des conditions, des professions, des emplois, et qui met chaque personne

<sup>38</sup> Séance du 23 ventôse an II, in *Jurisp. générale* Dalloz, *op. cit.* p. 556, n° 9.

dans un certain état de vie, dont ses engagements particuliers doivent être les suites »<sup>39</sup>.

Autrement dit, cette première voie rend compte de la structure sociale du XVII<sup>e</sup> siècle, où chacun a sa place selon son rang, sa naissance, son éducation, etc.

Mais il y a une *seconde voie* qui, déjà, rentre en contradiction avec cette première voie, et qui révèle une mobilité sociale.

« La seconde voie est la disposition des événements et des conjonctures, qui détermine chacun aux engagements particuliers, selon les occasions ou les circonstances où il se rencontre »<sup>40</sup>.

Ainsi, les « conjonctures » peuvent-elles bouleverser ce premier ordre. des hommes de condition différente peuvent se rencontrer selon les occasions et rentrer en contact. On est déjà très loin de la conception pyramidale de Loyseau, qui n'envisageait la société qu'en termes d'obéissance et de commandement. Ici, l'ordre social est doublé d'un ordre commercial qui le subvertit.

Ces deux voies, Domat va alors les qualifier, juridiquement, en *engagements volontaires ou involontaires*, « car, comme l'homme est libre, il y a des engagements où il entre par sa volonté ; et comme il est dépendant de l'ordre divin, il y en a où Dieu le met sans son propre choix ; mais soit que les engagements dépendent de la volonté, ou qu'ils en soient indépendants dans leur origine, c'est par sa liberté que l'homme agit dans les uns ou dans les autres, et toute sa conduite renferme toujours ces deux caractères, l'un de la dépendance de Dieu dont il doit suivre l'ordre, et l'autre de sa liberté qui doit l'y porter »<sup>41</sup>.

On reviendra sur le caractère étrange d'une liberté qui doit agir indépendamment du choix de l'homme, mais je voudrais d'abord en terminer avec cette analyse.

Les *engagements volontaires*, poursuit Domat, visent deux situations. Dans la première, les hommes s'engagent réciproquement par leur volonté, pour les « divers besoins qu'ils ont de se communiquer les uns aux autres leur industrie et leur travail ; et pour les différents commerces de toutes choses, ils s'associent, louent, vendent, achètent, échangent, et font entre'eux toutes les autres sortes de conventions »<sup>42</sup>. On reconnaît la liberté du commerce et de l'industrie, qui, en théorie du moins, fait se rencontrer des hommes de tout rang.

La seconde situation vise ce que les juristes appellent des actes unilatéraux, ce qui comprend les donations, testaments, etc.

Quant aux *engagements involontaires*, qui sont ceux où Dieu a mis les hommes sans leur propre choix, Domat en fait une catégorie fourre-tout, dont je tirerai dans un moment le sens véritable.

Dans cette catégorie, on peut voir notamment ceux qui sont nommés à des charges municipales (échevins, consuls et autres), ceux que la justice engage en quelques commissions, celui qu'on appelle à une tutelle et, en dernier lieu, « l'état de ceux qui se trouvent dans la société, et sans biens, et dans l'impossibilité de travailler pour y subsister, et qui fait un engagement à tous les autres d'exercer envers eux l'amour naturel en

<sup>39</sup> Domat, *op. cit.*, chap. IV.

<sup>40</sup> *Id.*

<sup>41</sup> *Id.*

<sup>42</sup> *Id.*

leur faisant part d'un bien où ils ont droit. Car tout homme étant de la société a droit d'y vivre ».

Or, il est tout à fait surprenant de justifier une société de classe en faisant appel à la catégorie universelle de volonté juridique ; il est tout à fait paradoxal de fonder des différences sociales sur un concept qui les exclut par hypothèse même.

Comment expliquer ce phénomène ? Eh bien, nous dit Domat, « tout homme étant un membre du corps de la société, chacun doit y remplir ses devoirs et ses fonctions, selon qu'il y est déterminé par le rang qu'il occupe et par ses autres engagements ». Et il faut alors en déduire « que les engagements de chacun lui sont comme ses lois propres »<sup>43</sup> et qu'ainsi, dans la mesure où l'homme accepte sa place dans la société, il doit respecter son engagement.

Autrement dit, ce n'est plus au nom d'un ordre imposé de l'extérieur, ce n'est plus au nom d'une hiérarchie rigide et intangible que l'ordre social est établi, mais au nom d'un engagement de chaque sujet à cet ordre. Chacun doit se faire un devoir de demeurer là où il est.

Il y a, dans le sujet de droit, un *schéma d'obéissance à l'ordre qui le constitue*, « L'engagement de la soumission et de l'obéissance aux puissances que Dieu a établies pour maintenir cet ordre ». Et cet engagement comporte l'obligation « de se contenir dans son rang de telle manière qu'il ne fasse aucun mauvais usage, ni de soi-même, ni de ce qui est à lui. Car il est dans la société ce qu'est un membre dans le corps ».

Et toute contravention à cet ordre doit être réglée selon la *loi de la proportionnalité*, car « tout engagement n'est licite qu'à proportion qu'il est conforme à l'ordre de la société »<sup>44</sup>.

Ainsi, la volonté juridique est à la fois un rapport de soi à soi, et l'expression de la totalité juridique dans chaque individu. Elle permet que chacun accepte librement d'être à sa place dans le corps social.

Ainsi, par la notion de volonté juridique, est résolue l'énigme de l'obéissance à l'ordre. Il suffira d'ailleurs de remplacer l'ordre divin par un autre ordre divin pour qu'aussitôt la perspective se renverse.

En plein XVIII<sup>e</sup> siècle, Linguet découvrira que le « secret » des lois c'est la propriété, et que la propriété est fondée sur l'usurpation. Certains, dira-t-il, se sont appropriés indûment la nature. « Dans nos pays policés, tous les éléments sont esclaves. Ils ont des maîtres de qui il faut acheter la permission d'en faire usage. Le champ le plus inculte dépend d'un despote qui peut faire un crime au voyageur d'oser y respirer l'air. Voyez cette source qui se précipite en murmurant du haut d'une colline : c'est qu'elle cherche à s'échapper des mains du propriétaire qui la tyrannise...

« C'est ainsi que toute la nature captive a cessé d'offrir à ses enfants des ressources faciles pour le soutien de leur vie. Il faut payer ses bienfaits par des fatigues assidues, et ses présents par des travaux opiniâtres. Le riche qui s'en est attribué la possession exclusive, ne consent qu'à ce prix à en remettre en commun la plus petite portion. Pour être admis à partager ses trésors, il faut s'employer à les augmenter »<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> *Id.*, chap. V.

<sup>44</sup> *Id.*

<sup>45</sup> Linguet, *Théorie des lois civiles*, T. 1, pp. 188-189, 1768, Londres.

Cet usage de la nature est une véritable usurpation, et Dieu a voulu qu'il en soit ainsi pour que les hommes établissent un ordre nouveau. « C'est ainsi qu'il tire le bien du mal, qu'il fait servir à ses desseins des vues corrompues »<sup>46</sup>. Dans la nature libérée, l'homme sera un sujet de droit libre dans sa libre propriété.

Chez Domat, la structure du sujet permet donc toutes les révolutions à venir. Puisque l'ordre est inhérent au sujet, puisqu'en obéissant à lui-même il obéit à la loi qui l'a institué, puisque ses engagements sont proportionnés à sa finalité, il ne se soumet en fin de compte qu'à la totalité juridique qui le gouverne ou, mieux encore, à la raison juridique positive.

Dieu n'est que la représentation juridique de la société, que chaque sujet porte en lui-même.

Ainsi se présente le plan idéal de la société. La nature est harmonieusement divisée ; l'homme occupe le centre de l'univers et, dans la communauté humaine, chacun est à la place qui lui revient. Le droit y fait régner l'amour et la justice.

Il reste cependant à expliquer quelque chose d'essentiel, c'est l'apparition du *pouvoir*. Car si la société idéale se règle par elle-même, la société réelle est profondément troublée. Le pouvoir politique et le pouvoir spirituel auront à charge de conformer la société à son idéal.

## II. — LA SOCIÉTÉ ET LA CHUTE DE L'HOMME

### A. — *Les contrariétés du cœur humain*

#### I. — C'était pendant l'horreur d'une profonde nuit

La société est corrompue : les hommes se font des procès ; ils s'assassinent, se tourmentent ; les États sont sur le pied de guerre et se font à eux-mêmes justice par la force des armes. Chacun se désespère et poursuit des chimères. Rien dans cette société de la chute de l'homme ne semble répondre au dessein de Dieu ; rien ne semble réaliser les premiers principes des lois.

Quel est donc ce poison qui engourdit le cœur et trouble l'âme ? Que s'est-il donc passé pour que la société réelle ne puisse se développer dans l'harmonie, pour qu'elle ne puisse se déployer majestueusement selon le plan idéal que nous propose la raison ?

« Tout ce qu'on voit dans la société de contraire à l'ordre est une suite naturelle de la désobéissance de l'homme à la première loi qui lui commande l'amour de Dieu. Car, comme cette loi est le fondement de la seconde qui commande aux hommes de s'aimer entr'eux, l'homme n'a pu violer la première de ces deux lois sans tomber en même temps dans un état qui l'a porté à violer aussi la seconde et à troubler par conséquent la société »<sup>47</sup>.

La première loi, on le sait, devait unir les hommes dans la possession du Souverain Bien ; là, ils devaient trouver leur commune félicité. En effet, le Souverain Bien non

<sup>46</sup> *Id.*, p. 304.

<sup>47</sup> Domat, *op. cit.*, IX. I.

seulement pouvait être possédé de tous mais encore pouvait faire le bonheur entier de chacun. Ainsi s'établissait une communauté affective et spirituelle, qui se représentait dans un idéal social. Le plan de la société, telle qu'elle devrait être, réalisait ce bonheur.

Mais l'homme s'est égaré ; il a perdu de vue le Souverain Bien et a cru trouver son bonheur dans les choses sensibles. À l'idéal collectif il a substitué un idéal individuel ; à la communauté il a substitué l'égoïsme ; au Souverain Bien il a substitué le bien souverain. De là vient tout son malheur car, non seulement les biens terrestres ne peuvent être possédés de tous, mais de plus ils ne peuvent faire le bonheur d'aucun. Et telle est, nous dit Domat, la source de toutes nos misères : l'homme, être divin, a oublié sa divinité.

« Car comme l'étendue de l'esprit et du cœur de l'homme, formé pour la possession d'un bien infini, ne saurait être rempli de ces biens bornés, qui ne peuvent être à plusieurs ni suffire à un seul pour le rendre heureux, c'est une suite de cet état où l'homme s'est mis, que ceux qui mettent leur bonheur à posséder des biens de cette nature, venant à se rencontrer dans la recherche des mêmes objets, se divisent entr'eux et violent toutes sortes de liaisons et d'engagements, selon les engagements contraires où les met l'amour du bien qu'ils recherchent »<sup>48</sup>.

Ainsi, alors que les hommes devraient s'unir dans la conscience claire de leur propre nature infinie, alors qu'ils devraient respecter en eux-mêmes et chez autrui la raison divine, ils se divisent en s'envisageant dans leur finitude. Ramené à lui-même, aveugle à sa propre grandeur, l'homme retourne à l'état de bête. L'amour qu'il porte en lui s'est dérégulé et a dérégulé la société, « et, au lieu de cet amour mutuel dont le caractère était d'unir les hommes dans la recherche du bien commun, on voit régner un autre amour tout opposé, dont le caractère lui a justement donné le nom d'amour-propre ; parce que celui en qui cet amour domine ne recherche que des biens qu'il se rend propres, et qu'il n'aime dans les autres que ce qu'il peut rapporter à soi »<sup>49</sup>.

Dans cette tempête de l'amour-propre, la société tout entière a sombré ; les engagements ont été violés, les principes bafoués. Les hommes se divertissent pour oublier leur misère d'avoir oublié Dieu ; ils fuient leur propre infini pour se réfugier dans la finitude. Le venin de l'amour-propre engourdit le cœur de l'homme et l'appesantit ; c'est une peste universelle qui détruit la société, « de sorte qu'il semble que, comme l'amour-propre en ruine les fondements, il devait la détruire, ce qui oblige à considérer de quelle manière Dieu soutient la société dans le déluge des maux qu'y fait l'amour-propre »<sup>50</sup>.

Nous sommes là au cœur de la contradiction. D'un côté Domat a fondé le sujet de droit ; il a élaboré une société d'individus libres et égaux, tenus par un idéal collectif ; mais, de l'autre côté, il récuse ce qu'il a lui-même construit et recule horrifié devant le spectacle concret que lui donne ces sujets. Alors que, logiquement, des individus libres et égaux devraient se conduire selon la raison même qui les constituait, en fait ils sont saisis par l'amour-propre et ce qu'il y avait de collectif en eux s'abolit.

Mieux encore : la catégorie de sujet semble venir, chez Domat, de la Révélation, et c'est pourquoi la société idéale est une société révélée. Mais, confrontée à la société

<sup>48</sup> *Id.*

<sup>49</sup> *Id.*

<sup>50</sup> *Id.*

concrète, cette Révélation disparaît tragiquement, et Dieu est plus que jamais secret et caché.

En deux mots, Domat semble avoir perdu les raisons mêmes de son système. Montesquieu, d'ailleurs, ne s'y trompera pas. Dans sa *Défense de l'Esprit des Lois*, il répond ainsi :

« Troisième objection.

Elle est tirée de ce que l'auteur n'a point parlé dans son chapitre premier du péché originel.

Réponse :

Je demande à tout homme sensé si ce chapitre est un traité de théologie ? Si l'auteur avait parlé du péché originel, on lui aurait pu imputer, tout de même, de n'avoir point parlé de la rédemption : ainsi, d'article en article, à l'infini.

Quatrième objection.

Elle est tirée de ce que M. Domat a commencé son ouvrage autrement que l'auteur, et qu'il a d'abord parlé de la révélation.

Réponse :

Il est vrai que M. Domat a commencé son ouvrage autrement que l'auteur, et qu'il a d'abord parlé de la révélation »<sup>51</sup>.

En mettant l'accent sur « d'abord », Montesquieu sous-entendait que la révélation se perdait en cours de route.

Quoiqu'il en soit, Domat se trouve alors affronté à la dissolution d'une certaine conscience collective dont Montesquieu prendra acte ; et d'une certaine façon, on le verra, il annonce la loi comme un rapport nécessaire qui dérive de la nature des choses. Concrètement, il est le témoin du « développement de la société européenne occidentale, bourgeoise et capitaliste, où la valeur intellectuelle et affective des hommes, pour la communauté disparaît progressivement de la conscience effective des hommes, pour faire place à un égoïsme qui ne la laisse subsister (et encore partiellement) que dans les relations purement privées de la famille ou de l'amitié. À l'homme social et religieux du Moyen Âge se substitue le Je cartésien et fichtéen, la monade sans portes ni fenêtres de Leibniz, l'*homo oeconomicus* des économistes classiques »<sup>52</sup>.

C'est bien une société de monades que décrit Domat, car, en un sens, le sujet de droit apparaît lui aussi comme une monade, sans porte ni fenêtre, dans un univers organisé logiquement. Et cet amour-propre que décrit Domat, après Pascal, trouvera plus tard son nom définitif dans l'intérêt.

Marx, dépouillant l'amour-propre de son caractère mystique, y retrouvera l'égoïsme bourgeois de la société civile. « L'atome n'a pas de besoins, il se suffit à lui-même ; le monde, en dehors de lui, est le vide absolu, c'est-à-dire n'a ni contenu, ni sens, ni signification, précisément parce que l'atome possède en lui-même toute plénitude »<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> « Défense de l'esprit des lois », Ière partie, in *L'esprit des lois*, Garnier, 1973, éd. Derathé. T. II, pp. 421-422.

<sup>52</sup> Lucien Goldmann, *Le Dieu caché*, Gallimard « Bibliothèque des idées », 1955, p. 38.

<sup>53</sup> Marx, *La Sainte Famille*, Éd. soc. 1969, p. 146.

Comment alors, se demande Domat, peut-on sortir de cet enfer ? Comment l'amour-propre peut-il néanmoins faire subsister la société ? Comment le détournement de la loi peut-il rétablir la loi ? Comment enfin le sujet de droit, qui est à l'image de Dieu, peut-il se restaurer en lui-même et retrouver son véritable sens, alors que son intérêt le porte aux seuls biens sensibles ?

Domat fait alors appel à Pascal, au Dieu caché de Pascal. « Que Dieu s'est voulu cacher. — S'il n'y avait qu'une religion, Dieu y serait bien manifeste. S'il n'y avait des martyrs qu'en notre religion, de même. »

« Dieu étant ainsi caché, toute religion qui ne dit pas que Dieu est caché n'est pas véritable ; et toute religion qui n'en rend pas la raison n'est pas instructive. La nôtre fait tout cela : *Vere tu es Deus absconditus* »<sup>54</sup>. Et encore : « S'il n'y avait point d'obscurité, l'homme ne sentirait point sa corruption ; s'il n'y avait point de lumière, l'homme n'espérerait point de remède. Ainsi, il est non seulement juste, mais utile pour nous que Dieu soit caché en partie, et découvert en partie, puisqu'il est également dangereux à l'homme de connaître Dieu sans connaître sa misère, et de connaître sa misère sans connaître Dieu »<sup>55</sup>.

Dans le plan de la société idéale, Dieu apparaissait en pleine lumière ; dans la société concrète, il s'est dissimulé dans les ténèbres. Mais, au moment même où la corruption prend le visage de l'amour propre, Dieu révèle sa lumière. Alors, le poison lui-même deviendra un remède.

## II. — Le remède et le poison

L'homme a une nature qui se nie elle-même ; dès qu'on tâche de la saisir, elle devient autre ; la pensée est une chose admirable mais elle est basse par ses défauts ; l'homme est grand « en ce qu'il se connaît misérable »<sup>56</sup> ; il fait même tirer des règlements de ses propres dérèglements : « Grandeur de l'homme dans sa concupiscence même, d'en avoir su tirer un règlement admirable, et d'en avoir fait un tableau de la charité »<sup>57</sup>. Le venin est aussi un remède. Ainsi, l'être de raison, animé par le désir du Souverain Bien, est en même temps un être égoïste, un atome gonflé d'orgueil, mais cet atome lui-même, par une voie insoupçonnée, redeviendra raisonnable.

Domat reprend cette problématique tragique : « On sait que Dieu n'a laissé arriver le mal que parce qu'il était de sa toute-puissance et de sa sagesse, d'en tirer le bien et un plus grand bien que n'aurait été un état de biens, sans aucun mélange de maux. La religion nous apprend les biens infinis que Dieu a tirés d'un aussi grand mal que l'état où le péché avait réduit l'homme, et que le remède incompréhensible dont Dieu s'est servi pour l'en retirer, l'a élevé à un état plus heureux que celui qui avait précédé sa chute. Mais au lieu que Dieu a fait ce changement par une bonne cause et qui n'est que de lui, on voit dans sa conduite sur la société, que d'une aussi méchante cause que notre amour-

<sup>54</sup> *Les Pensées*, fragm. 598 (55), Gallimard « La pléiade, 1976, p. 1277.

<sup>55</sup> *Op. cit.*, fragm. 599, p. 1278.

<sup>56</sup> Pascal, *op. cit.*, fragm. 255, p. 1156.

<sup>57</sup> Fragm. 284, p. 1160.

propre, et d'un poison si contraire à l'amour mutuel qui devait être le fondement de la société, Dieu en a fait un des remèdes qui la font subsister »<sup>58</sup>.

C'est là que Domat va devenir étonnamment moderne. Car, pour sortir de l'enfer pascalien, il va se faire le théoricien de la société civile. Ce que Pascal a d'insupportable – l'homme n'est jamais là où il devrait être, il est toujours présent/absent, fini et infini – Domat va le résoudre dans l'éternelle présence de la société.

En effet, nous dit Domat, lorsque les hommes ont remplacé le Souverain Bien par les biens sensibles, lorsqu'ils ont, de ce fait, remplacé l'amour par l'amour-propre, ils ont été inévitablement amenés à vouloir posséder, à vouloir se rendre maître des choses. Or l'on voit que plus les hommes possèdent, plus ils veulent posséder ; on constate que leur désir croît sans cesse, qu'ils sont pris d'une véritable frénésie ; dès lors, ils se trouvent dans la nécessité de s'unir davantage, et ainsi augmentent les travaux et les commerces et, en même temps, les engagements et les liaisons. Car aucun homme « ne pouvant se suffire seul, la diversité des besoins les engage à une infinité de liaisons sans lesquelles ils ne pourraient vivre »<sup>59</sup>.

L'amour-propre remplit les desseins de Dieu. En rendant l'homme esclave des biens qu'il désire acquérir, il oblige ceux qu'il conduit à s'assujettir aux travaux, aux commerces et aux liaisons. de sorte qu'il doit, au nom de cette nécessité même, prendre le masque de l'amour ; pour être efficace, il doit revêtir les atours de la bonne foi, de la fidélité, de la sincérité, toutes vertus inhérentes à l'amour et aux premiers principes des lois. « L'amour-propre s'accommode à tout pour s'accommoder de tout. Et il sait si bien assortir les différentes démarches à toutes ses vues, qu'il se plie à tous les devoirs, jusqu'à contrefaire toutes les vertus ; et chacun voit dans les autres, et s'il s'étudiait, verrait en soi-même, ces manières si fines que l'amour-propre sait mettre en usage pour se cacher, et s'envelopper sous les apparences des vertus mêmes qui lui sont les plus opposées »<sup>60</sup>.

*Le principe de division devient le lien social par excellence* ; l'union des hommes s'accomplit par la division du travail. Ainsi, par un surprenant renversement, c'est le fonctionnement réel de la société qui produit le contrepoison au poison qu'elle avait elle-même secrété. Ce qui était principe métaphysique dans la société idéale est devenu principe social dans la société réelle : les engagements juridiques s'établissent au nom de la nécessité sociale, les hommes respectent les lois au nom de cette même nécessité, à telle enseigne qu'il importe peu qu'ils les respectent dans leur cœur. De ce fait, la représentation juridique s'autonomise et s'affranchit de la religion.

Et Marx, encore une fois, décrira ce même phénomène en parlant de la société civile bourgeoise. « L'individu égoïste de la société bourgeoise a beau, dans sa représentation non sensible et son abstraction sans vie, se gonfler jusqu'à se prendre pour un atome, c'est-à-dire un être sans la moindre relation, se suffisant à lui-même, sans besoins, absolument plein, en pleine félicité, l'infortunée réalité sensible, elle, ne se soucie pas de l'imagination de cet individu ; et chacun de ses sens le contraint à croire à la signification du monde et des individus existant en dehors de lui... Chacune de ses activités et de ses propriétés essentielles, chacun de ses instincts vitaux devient un besoin, une nécessité, qui transforme son égoïsme, son intérêt personnel en intérêt pour d'autres choses et

<sup>58</sup> Domat, *op. cit.*, IX. I.

<sup>59</sup> *Id.*

<sup>60</sup> *Ibid.*

d'autres hommes hors de lui. Mais, comme le besoin d'un individu donné n'a pas, pour l'autre individu égoïste qui possède les moyens de satisfaire ce besoin, de sens intelligible par lui-même, comme le besoin n'a donc pas de rapport immédiat avec sa satisfaction, tout individu se trouve dans l'obligation de créer ce rapport en se faisant également l'entremetteur entre le besoin d'autrui et les objets de ce besoin. C'est donc la nécessité naturelle, ce sont les propriétés essentielles de l'homme, c'est l'intérêt qui y tient unis les membres de la société bourgeoise dont le lien réel est donc constitué par la vie civile... »<sup>61</sup>.

Ce n'est pas à dire, d'ailleurs, que dans cette société où Dieu se cache, le bonheur soit le lot de tous. Les hommes, en effet, vivent dans l'inauthentique, la facticité ; ils sont guidés quasiment contre leur gré ; ils découvrent la vérité par les chemins de l'erreur et la justice par la voie de l'injustice. C'est ce qui fait le tragique de la destinée de l'homme : il est grand envers et contre lui, il découvre Dieu par son oubli de Dieu ; plus il croit s'en éloigner et plus il s'en approche, mais par une nécessité qu'il ignore lui-même. La représentation collective l'accable, alors qu'elle devrait le réjouir.

C'est dans cette communauté déchirée, à la recherche d'elle-même, que naît alors l'homme tragique, celui qui ne sait plus qui il est, où il est et où il va. « La vie est une anarchie du clair-obscur : rien en elle ne s'accomplit totalement, et jamais quelque chose ne va jusqu'à son terme ; toujours se mêlent de nouvelles voix qui sèment la confusion dans le cœur, de celles qui résonnaient déjà auparavant. Tout s'écoule, tout se mêle sans frein et forme un alliage impur ; tout est détruit, tout est démantelé, jamais quelque chose ne fleurit jusqu'à la vie véritable... »<sup>62</sup>.

Et l'on retrouve alors le clair-obscur du juriste, Rome elle-même, qui ne fut pas seulement la scène de Racine.

Il y a donc un ordre du désordre, un droit dans l'apparente anarchie, une raison divine sous l'amour-propre ; il y a donc une nécessité sociale qui investit l'individu tout entier, l'arrache à la position tragique, et le fait exister dans une communauté qui le sauve de lui-même. Il y a enfin le droit qui permet ce sauvetage puisqu'il engage l'homme dans l'obéissance aux lois de la nécessité.

Mais Dieu, poursuit Domat, s'est servi d'autres causes pour faire subsister la société, et ces causes sont au nombre de quatre.

#### B. — *Les fondements naturels de l'ordre*

Ces causes comprennent tout ce qui maintient la société et elles en sont même les fondements.

« Le premier est la Religion, qui fait tout ce que l'on peut voir dans le monde, qui soit réglé par l'esprit des premières lois.

<sup>61</sup> Marx, *La Sainte Famille*, *op. cit.*, pp. 146-147.

<sup>62</sup> Lukacs, *L'âme et les formes*, Gallimard « Bibliothèque de philosophie », 1974, p. 247.

« Le second est la conduite secrète de Dieu sur la société dans tout l'univers.

« Le troisième est l'autorité que Dieu donne aux puissances.

« Le quatrième est cette lumière restée à l'homme après sa chute, qui lui fait connaître les règles naturelles de l'équité, et c'est par ce dernier qu'il faut commencer pour remonter aux autres »<sup>63</sup>.

### I. — La lumière de la raison

On a vu que l'amour dégénérait en amour-propre, et que l'amour-propre n'était autre que l'intérêt égoïste. On a vu aussi que le système des besoins obligeait les hommes à s'unir entre eux, et qu'ils étaient ainsi soumis à une socialité externe.

Mais il y a aussi dans l'homme une *socialité interne*, une lumière de la raison « qui est restée dans tous les esprits au milieu des ténèbres que Dieu y a répandues »<sup>64</sup>. L'homme, en effet, est structuré raisonnablement, ce qui le porte à respecter l'autorité des lois naturelles : qu'il ne faut faire de tort à personne, qu'il faut rendre à chacun ce qui lui appartient, qu'il faut être sincère dans les engagements... Et, ajoute Domat, « la connaissance de ces règles est inséparable de la raison, ou plutôt la raison n'est elle-même que la vue et l'usage de toutes ces règles »<sup>65</sup>.

Arrêtons-nous un instant sur cette remarquable définition. La raison dont nous parle Domat n'a rien à voir avec la foi, rien à voir avec la révélation. Elle est tout simplement l'expression abstraite du *lien social*, ou, plus précisément, du lien juridique. Elle représente ce qui, dans chaque individu, lui permet de se lier à un autre. Ainsi, à la communauté chrétienne, se substitue une communauté juridique d'individus libres et égaux qui ne se rencontrent qu'au nom du droit.

Cela est d'ailleurs si exact qu'à la limite il importe peu que les hommes sachent d'où vient cette raison ; il leur suffit de la respecter. Il importe peu que cette raison « ne règne pas en chacun de telle sorte qu'il en fasse la règle de sa conduite » ; il suffit qu'« elle règne en tous de telle manière que les plus injustes aiment assez la justice pour condamner l'injustice des autres et la haïr. Et chacun ayant intérêt que les autres gardent ces règles, la multitude prend leur parti pour y assujettir ceux qui y résistent, et qui font tort aux autres »<sup>66</sup>.

La raison juridique est donc le *lien social* par excellence, et c'est pourquoi la société peut subsister *naturellement* par l'effet conjugué de la division sociale et de la raison.

Et Domat peut bien réduire le lien social à la conduite secrète de Dieu sur les hommes, à sa « providence universelle », à sa « présence à tout », il n'en reste pas moins que la notion de communauté féodalo-chrétienne, hiérarchisée, immobile, où chacun possède sa dignité eu égard à la place qu'il occupe, disparaît au profit d'une nouvelle forme de société, où chacun peut se suffire à lui-même, pour autant qu'il respecte les besoins de l'autre.

<sup>63</sup> Domat, *op. cit.*, IX. I.

<sup>64</sup> *Id.*

<sup>65</sup> *Id.*

<sup>66</sup> *Id.*

Pour cela il suffira de dire que « cette lumière de la raison que Dieu donne à tous les hommes, et ces bons effets qu'il tire de leur amour-propre, sont des causes qui contribuent à soutenir la société des hommes par les hommes même »<sup>67</sup>.

Mais cela ne suffit certes pas à rendre compte de la totalité de ce nouvel ordre, et Domat doit alors introduire d'autres instances. C'est ici qu'intervient le *pouvoir*.

## II. — Les deux pouvoirs

On a déjà compris par tout ce qui vient d'être dit que l'homme obéissait à la fois pour des raisons internes – l'amour du Souverain Bien – et pour des raisons tenant à l'organisation sociale elle-même – les besoins. Or, ces deux raisons vont s'extérioriser dans une double institution qui en rendra compte spécifiquement : d'une part la *religion* exprimera l'âme des hommes, leur intériorité, d'autre part le *Gouvernement* exprimera le corps, les besoins.

Ainsi doit-on logiquement concevoir une police de l'âme et une police du corps. Distinction qui deviendra traditionnelle, et l'on verra d'autres juristes – Delamarre par exemple – la reprendre à leur compte, quitte à la faire fonctionner autrement. Mais, dans cette distinction même, on peut voir déjà le passage d'une société théocratique à une société laïque ; on peut déjà voir la religion se cantonner dans un rôle de légitimité ; on peut y voir l'ébauche d'une autre façon de penser le lien social. Car, devenue ainsi légitimation idéale, la religion se situe au-delà de tout pouvoir ; elle représente à la fois le contrôle et la sanction idéologique du pouvoir.

L'homme est donc doublement garanti : d'une part, en révéant la religion, il révère en lui-même l'amour qu'il porte à ses semblables ; d'autre part en respectant le Gouvernement, il peut satisfaire ses propres besoins.

### a. — *L'Esprit de la religion*

L'esprit de la religion est le principe de l'ordre où devrait être la société. Mais, comme elle a pour tâche « de ramener les hommes de Dieu par la lumière des vérités qu'elle enseigne, et de les tirer des égarements de l'amour-propre pour les unir dans l'exercice des deux premières lois »<sup>68</sup>, elle regarde principalement l'intérieur de l'esprit et du cœur de l'homme. C'est pourquoi Dieu a proportionné le ministère de cette puissance à son esprit et à ses fins.

Il lui a donné « une autorité spirituelle, qui ne tend qu'à régler l'esprit et le cœur, et à insinuer l'amour de la justice, sans l'usage d'aucune force temporelle de l'extérieur »<sup>69</sup>.

Ainsi se contente-t-il de réprimandes, d'admonestations. Il a pour objet d'inspirer et de commander à chacun l'obéissance aux puissances temporelles, « non seulement par

<sup>67</sup> *Id.*

<sup>68</sup> *Id.*, X. I.

<sup>69</sup> *Id.*

un sentiment de crainte de leur autorité, et des peines qu'elles imposent, mais par un devoir essentiel, et par un sentiment de conscience et d'amour de l'ordre »<sup>70</sup>.

Telle est, en réalité, sa tâche essentielle. Et l'on voit comment la religion a été définitivement chassée de l'exercice du pouvoir concret. Domat a beau proclamer qu'elle représente l'idéal à atteindre, qu'elle est l'origine et la fin de toute société, qu'elle est le fondement le plus naturel de l'ordre, il n'en reste pas moins qu'en fait elle est subordonnée aux Puissances Temporelles, qu'elle n'en représente que leur « esprit ».

#### b. — *La Police*

Le ministère de la Police « regarde principalement l'usage des biens temporels »<sup>71</sup>. Il a pour objet d'organiser le système des besoins, et Dieu lui a donné une puissance proportionnée à cette fin, à savoir l'autorité souveraine, c'est-à-dire le droit de faire les lois et les règlements nécessaires pour le bien public, le pouvoir d'établir les diverses sortes de magistrats, juges et officiers, et le droit de lever les tributs nécessaires.

Comme la Police ne régit que l'extérieur de l'homme, son amour-propre, elle ne se préoccupe pas de l'intérieur. « L'esprit de la police est de maintenir la tranquillité publique entre tous les hommes, et de les contenir dans cet ordre indépendamment de leurs dispositions dans l'intérieur, en employant même la force et les peines selon le besoin »<sup>72</sup>.

Elle doit ainsi maintenir chacun dans ses droits, déposséder les usurpateurs, châtier les coupables et punir les crimes. Elle est « armée de la terreur »<sup>73</sup>.

Ainsi se combinent ces deux puissances, qui sont « unies dans leur fin commune de maintenir l'ordre et s'y entraînent réciproquement »<sup>74</sup>. La première régit l'intériorité et tend à établir l'amour, la seconde commande l'organisation sociale concrète, et régit l'amour-propre. Mais, dans la mesure où l'amour-propre conduit à l'amour, l'exercice de la puissance temporelle devrait invinciblement conduire au règne de la religion et, à la limite, s'abolir.

On comprend alors le sens de la topologie de Domat ; on comprend qu'il commence par la raison pour remonter à la religion, en passant par l'autorité que Dieu donne aux Puissances, et par la conduite secrète de Dieu sur tout l'univers. Car, s'il y a bien dans l'homme une raison juridique que les hommes ne connaissent qu'obscurément, il appartient à la Police de mener cette raison à son terme, de transformer de ce fait le poison en remède, pour l'obliger à l'ordre de l'amour. La Police, aussi nécessaire soit-elle, n'est donc qu'une puissance de l'extérieur, une puissance imparfaite, un pis-aller, au même titre que l'amour-propre. Elle est, en réalité, une puissance du « comme si » : elle agit « comme si » les hommes s'aimaient, « comme si » les hommes respectaient la religion, « comme si » ils avaient un idéal.

<sup>70</sup> *Op. cit.*, X, V.

<sup>71</sup> *Op. cit.*, VI.

<sup>72</sup> *Op. cit.*, III.

<sup>73</sup> *Op. cit.*, VI.

<sup>74</sup> *Op. cit.*, V.

Elle est un simple trait d'union entre le sujet et la religion, une simple médiation, qui devrait un jour disparaître, lorsque l'amour régnera sur terre.

Il y a donc un jeu entre ces deux puissances, un rapport imaginaire qui inverse leur efficacité réelle. Alors que la puissance temporelle est la véritable force, alors que l'amour-propre désigne le véritable lien social, ils semblent subordonnés à la religion ; alors que, concrètement, la société est toute extérieure, que le droit réalise cette extériorité sans se soucier des motivations, Domat la soumet à sa propre intériorité.

Et telle est la contradiction même où se trouve la « raison » : d'un côté, elle a la prétention d'appréhender la personne humaine dans sa totalité, et, de l'autre côté, elle n'en saisit que l'extériorité ; et telle est aussi la contradiction du sujet de droit qui envisage l'individu dans sa seule existence juridique, tout en prétendant rendre compte de son existence intérieure.

Descartes, à sa manière, comprendra aussi le sujet comme un être qui, en se suffisant à lui-même, doit satisfaire à la socialité. « Dieu a tellement établi l'ordre des choses, et conjoint les hommes ensemble dans une si étroite société, qu'encore que chacun rapportât tout à soi-même, et n'eût aucune charité pour les autres, il ne laisserait pas de s'employer ordinairement pour eux dans tout ce qui serait de son pouvoir pourvu qu'il usât de prudence, principalement s'il vivait dans un siècle où les mœurs ne fussent point corrompues »<sup>75</sup>.

En réalité, l'imaginaire social, le Souverain Bien, prend progressivement la nature d'une utopie, d'une Cité de Dieu impossible à atteindre, à laquelle la Police devrait néanmoins mener les hommes. Plus les hommes obéissent au Prince, et plus ils se rapprochent de Dieu ; plus ils se soumettent et plus ils répondent à ses secrets desseins. La Police est une puissance de rectification ; par un surprenant paradoxe, en ne s'occupant que des besoins elle doit réaliser la religion. C'est dire, une fois encore, que la société porte en elle-même sa propre fin, qu'elle est la seule totalité juridique concrète où les hommes peuvent accomplir leur liberté de sujet.

Le plan grandiose de Domat s'achève alors par l'esprit des lois, qui emporte avec lui une vision juridique de l'histoire.

### C. — *L'esprit des lois*

Domat cherche à concilier ce que Pascal déclarait inconciliable : qu'il pût y avoir à la fois du vrai et du faux, du juste et de l'injuste, des lois divines et des lois humaines. Car, pour Pascal, la vérité et la justice authentiques ont un caractère transcendantal qui les oppose au monde. En d'autres termes, le monde ne peut réaliser son contraire : une communauté divine, qui n'aurait besoin ni de lois, ni d'État, puisqu'elle ne requerrait aucune rectification. Et l'on a vu que Domat tendait idéalement vers une telle communauté : d'une part il construisait une société « naturelle » du règne de Dieu, d'autre part, dans la société réelle, la Police apparaissait sous le signe d'une simple médiation qui devait disparaître dans la religion.

<sup>75</sup> Lettre à la Princesse Elisabeth du 6 oct. 1645.

Or, par une réflexion sur l'« esprit des lois », Domat réconcilie le transcendant et l'immanent ; il réunit l'immuable à l'arbitraire et, de ce fait, il résout le tragique pascalien.

Il y a deux espèces de lois : les lois immuables et les lois arbitraires. « Les lois immuables s'appellent ainsi, parce qu'elles sont naturelles et tellement justes ; et partout qu'aucune autorité ne peut ni les changer, ni les abolir ; et les lois arbitraires sont celles qu'une autorité légitime peut établir, changer et abolir selon le besoin »<sup>76</sup>.

Bien mieux : les lois immuables sont des suites des deux premières lois, et c'est pourquoi on ne saurait les changer sans ruiner l'ordre de la société : ainsi, poursuit Domat, c'est une suite de la première loi qu'il faut obéir aux puissances, et c'est une suite de la seconde loi qu'il ne faut faire de tort à personne, qu'il faut rendre à chacun ce qui lui appartient etc.

Sans rentrer dans le détail – fastidieux – d'une énumération des lois immuables, il est plus intéressant d'examiner les raisons qui, selon Domat, conduisent à créer des lois arbitraires.

#### I. — La conciliation

La première raison des lois arbitraires tient à ce qu'il faut trancher entre deux principes : il s'agit de la « nécessité de régler de certaines difficultés qui naissent dans l'application des lois immuables, lorsque ces difficultés sont telles qu'il ne peut y être pourvu que par des lois, et que les lois immuables ne les règlent point »<sup>77</sup>.

Et Domat donne notamment l'exemple de cette loi naturelle qui veut que les pères doivent laisser leurs biens à leurs enfants, et de cette autre loi naturelle qui veut qu'on puisse disposer de ses biens par testament. Si l'on donne à la première de ces deux lois une étendue sans bornes, un père ne pourra disposer de rien : sa liberté est atteinte. Si on étend la seconde loi à une liberté indéfinie de disposer de tout, un père pourra priver ses enfants de toute part dans sa succession. Il est donc nécessaire de *borner une liberté par une autre*.

Voilà encore un second exemple. C'est une loi naturelle que celui qui est le maître d'une chose, en demeure toujours le maître, jusqu'à ce qu'il s'en dépouille volontairement, ou qu'il en soit dépouillé légalement. Et c'est une autre loi naturelle que les possesseurs ne soient pas toujours en péril d'être troublés jusqu'à l'infini. Si on étend trop cette première loi, le titre vaudra toujours contre la possession, et « il s'ensuivra que quiconque pourra montrer que lui ou ceux dont il a les droits, ont été les maîtres d'un héritage, quand il y aurait plus d'un siècle qu'ils eussent cessé de le posséder, rentrera dans cet héritage, et en dépouillera le possesseur, si avec cette longue possession, il ne peut montrer un titre qui ait été le droit de ce premier maître »<sup>78</sup>. En revanche, si l'on étend trop la règle qui fait présumer que les possesseurs sont les maîtres de ce qu'ils possèdent, on peut faire perdre injustement la propriété à ceux qui ne se trouvent pas en

<sup>76</sup> *Op. cit.*, chap. XI, I.

<sup>77</sup> *Op. cit.*, V.

<sup>78</sup> *Op. cit.*, VIII.

possession. Il est donc nécessaire d'aménager ces deux lois, de façon que l'une puisse être les bornes de l'autre.

Ainsi, dans ce cas, les lois arbitraires ont pour objet de *concilier* deux ou plusieurs lois immuables, de régler leurs rapports.

## II. — L'invention

La seconde cause des lois arbitraire a été « l'invention de certains usages qu'on a cru utile dans la société. Ainsi, par exemple, on a inventé les fiefs, les cens, les rentes constituées à prix d'argent, les retraits, les substitutions, et d'autres semblables usages dont l'établissement a été arbitraire »<sup>79</sup>.

Ces lois sont arbitraires, dans la mesure où elles ne règlent que les *modalités* du droit de propriété, qui pourrait être réglé autrement. C'est pourquoi, d'une façon ou d'une autre, elles se rattachent à une loi immuable. D'un côté nous avons en effet des matières qui ont toujours été en usage en tous lieux et tous temps, « comme sont l'échange, le louage, le dépôt, le prêt à usage... »<sup>80</sup>, de l'autre la réglementation arbitraire de ces mêmes matières.

En définitive, on en revient toujours aux lois immuables, qu'il s'agisse de les concilier, ou qu'il s'agisse d'en régler l'exercice. Il existe un rapport nécessaire entre ces deux types de lois, qui dérive de la nature même des lois immuables.

L'esprit des lois est donc le rapport nécessaire entre l'ordre immuable et l'ordre arbitraire. Il réconcilie l'amour et les besoins, l'infini et le fini, l'éternité et le présent.

Ainsi, le premier grand système rationnel du droit naît-il contre le tragique d'une société divisée qui hésite entre une communauté archaïque et le développement de la société civile bourgeoise. Au XVII<sup>e</sup> siècle, l'homme se découvre isolé, libre, et accablé par la perte d'une ancienne cohésion. Pascal sera le philosophe de l'irréconciliable, du pour et du contre à tout jamais divisé. Quant à Domat d'un côté il signera l'acte de naissance du sujet de droit, de l'autre côté il construira une société juridique close, sécurisante, gardée et contrôlée par la double police de l'âme et du corps, comme s'il voulait contenir les écarts du « sujet ».

L'esprit des lois est l'esprit de cette tentative, où Dieu est devenu législateur, et la communauté chrétienne communauté juridique.

Montesquieu, d'emblée, se placera ailleurs. Je ne m'intéresse, dira-t-il en substance, qu'aux différences : je fais œuvre de juriste et non de théologien. La société est une réalité positive, une totalité composée de lois, de mœurs, de climats ; elle est un objet théorique dont on peut découvrir les rapports objectivement nécessaires. Dans cet ensemble, la loi est un rapport en quoi s'inscrit la société. Le lien social ne participe pas de l'intériorité, qui apparaît alors comme un simple donné naturel. On peut ainsi fixer à la fois « les lois supra-historiques liées à la nature de l'homme, les lois intelligibles qui sont liées à la structure d'un régime donné, les relations causales qui tiennent aux liens entre le climat, la nature du terrain, le nombre des hommes et l'organisation de la collec-

<sup>79</sup> *Op. cit.*, XII.

<sup>80</sup> *Id.*

tivité. On pourra trouver, enfin, les accidents, c'est-à-dire l'intervention de phénomènes qui surviennent pour rompre l'organisation cohérente d'une société donnée »<sup>81</sup>.

Avec Montesquieu, le juriste deviendra positiviste, exégète. Et la loi sera le dernier mot d'une société qui ne s'interrogera plus sur les mots.

Pour Domat, la société humaine ne peut être ni vraie ni fausse ; elle est simplement de plus en plus proche du Dieu caché, de plus en plus proche de l'idéal. L'inauthentique deviendra nécessairement authentique par la force des choses, c'est-à-dire par le mouvement même de la société : ainsi, l'amour-propre contient nécessairement de l'amour, de la même façon qu'une loi arbitraire est dans un rapport nécessaire à une loi immuable. La société ignore donc, structurellement, le « faux ». À la limite, tout est vrai, tout a un sens, tout est intelligible.

Mieux encore, la société est, par hypothèse, lisible, rationnelle, et elle produit les mécanismes de sa propre lisibilité ; elle résout en elle-même les problèmes qu'elle se pose. En réalité, cela tient au fait qu'elle est une totalité juridiquement organisée, que ses contradictions prennent donc la forme juridique, et que le droit peut les régler. Car une totalité juridiquement organisée ignore l'incohérence ou la contrariété ; ou, lorsqu'elle les rencontre, le système lui-même permet de les résoudre. Ainsi, par exemple, du conflit entre la liberté de disposer de ses biens, et le droit des enfants à l'héritage.

Le droit permet donc la lisibilité absolue du monde : il désigne l'homme comme un sujet, la nature comme un lexique rationnel, les rapports sociaux comme un réseau d'engagements libres, le pouvoir comme un contrôle de l'ordre, soumis à l'ordre même.

Avant Montesquieu, Domat pense une totalité où les différentes instances sont solidaires les unes des autres ; où l'homme occupe la place centrale et pourrait, s'il était juridique de part en part, se passer de toute institution. « Et si tous les hommes se conduisaient par la prudence et par l'esprit des premières lois, chacun serait un juste interprète de ce que demanderait de lui la loi »<sup>82</sup>.

On conçoit que le sujet lui-même soit un représentant de cette totalité, qu'il soit structuré à son image, que la subjectivité et l'objectivité s'harmonisent en lui ; qu'il se présente comme un concentré de la société juridique.

Mais, par ailleurs, cette société juridique, qui remplace, insidieusement, l'ancienne communauté chrétienne, en porte encore les stigmates, comme dirait Marx. En effet, elle est immobile, ou plutôt son seul mouvement consiste à se rapprocher de la société naturelle. Or, cette société naturelle est une société du *présent*, elle est même le plan idéal du présent. C'est pourquoi l'histoire, chez Domat, est un éternel présent, qui inscrit en lui l'éternité.

Comme chez Pascal, sa dialectique ne peut être alors que structurelle. « Ce qui sera plus tard la succession des époques historiques ne constitue encore chez Pascal qu'une série ascendantes de paliers qualitatifs de la réalité humaine... »<sup>83</sup>. Ainsi, par paliers, l'homme découvrira sa propre réalité.

Ce n'est pas à dire, d'ailleurs – et je l'ai montré chemin faisant – que Domat ne perçoit pas que la société évolue, que les besoins s'accroissent, que la division du travail

<sup>81</sup> R. Aron, *Dix-huit leçons sur la société industrielle*, Gallimard « Idées », 1975, pp. 67-68.

<sup>82</sup> Domat, *Op. cit.*, XI. VII.

<sup>83</sup> Goldmann, *op. cit.*, p. 313.

s'accentue, que les lois deviennent de plus en plus complexes, mais cette vision est elle-même renvoyée à une structure immuable, figée. Le dilemme de Domat pourrait être le suivant : bouger et ne pas bouger ; de la même façon que le tragique de Dieu consiste à être absent dans sa présence et présent dans son absence.

Et le droit lui-même, on l'a vu, ce système lumineux, cet ordonnancement rigoureux, où sont respectées les trois unités de temps, de lieu et d'action, n'échappe pas au tragique.

Ainsi retrouvons-nous, en fin de compte, le clair-obscur de Rome, la lumière si particulière de l'origine du droit.

Le XVII<sup>e</sup> siècle s'achèvera sur la naissance d'une nouvelle catégorie, qui triomphera sous le nom de *Fortune*.